

NOTAS SOBRE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO MUSULMÁN

J. Schacht

Traducción de Jesús M. Sáez

Schacht, J. (1952). Notes sur la Sociologie du Droit Musulman. En *Revue Africaine* (número 96). Alger: Office des Publications Universitaires, pp. 311-329. Conferencia dada el 22 de enero de 1952, en la cátedra de Actualidades Científicas, bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Argel.

SI ME ATREVO A HABLAR de la sociología del derecho musulmán en la Universidad de Argel, gran centro de estudios de sociología norteafricana, no puede tratarse, para mí, de sociología positiva, de la descripción, clasificación y explicación de las instituciones sociales de los musulmanes, ya sea en la experiencia de la vida, ya en la teoría de la ley religiosa. Esta clase de estudios ha conocido, gracias a la obra de Monsieur Bousquet y de toda la cohorte valiente de investigadores en el dominio de la sociología positiva en África del Norte francesa, tal impulso que sería inútil, si no fuera asimismo presuntuoso, por parte de un visitante pretender contribuir a ella. Lo que tengo intención de hacer no es ni puede ser sino hacer sociología teórica, y presentaros las observaciones de un islamista sobre la estructura sociológica del derecho musulmán clásico. Lo que nos interesa en este orden de ideas no son las soluciones positivas que el derecho musulmán puede dar a los problemas sociales como tales, sino la naturaleza y el carácter del derecho mismo como fenómeno social. Ahí se encuentra el tema de la sociología del derecho, rama de la gran disciplina de la sociología teórica.

La sociología moderna del derecho fue creada hace cuarenta años por Max Weber (1864-1920), uno de los fundadores de la sociología moderna¹.

Me produce una particular satisfacción mencionar el nombre de este gran sociólogo en presencia de Monsieur Bousquet, quien, con su actividad investigadora, ha dado a conocer al público culto francés una selección de los resultados científicos publicados en lengua holandesa o alemana. No hago más que seguir las huellas de mi eminente colega, si me propongo introducir en nuestros estudios de derecho musulmán un punto de vista nuevo, el punto de vista de la sociología teórica. Weber había

derivado las categorías de su pensamiento de la historia del derecho en Europa occidental, y sus investigaciones han iluminado de manera sorprendente el derecho occidental. Podemos, pues, preguntarnos si una apreciación sociológica del derecho musulmán no podría ayudarnos a captar su naturaleza.

El problema de la naturaleza del derecho musulmán (como el problema –dicho sea de paso– de la naturaleza de cualquier derecho) admite varias respuestas, entre las cuales están la sistemática y la histórica. La respuesta sistemática es la que nos dan los autores musulmanes mismos y que el gran maestro de los estudios islámicos en Europa, el recordado profesor holandés Snouck Hurgronje (1857-1935), nos ha enseñado a apreciar por primera vez. La respuesta histórica es de inspiración esencialmente occidental, aunque muchos eruditos musulmanes de diferentes países islámicos hayan contribuido a ella, sobre todo en los últimos años, con su preciosa colaboración; estos estudios se basan siempre sobre la obra fundamental del gran orientalista húngaro Goldziher (1850-1921). Evidentemente, un estudio histórico, para ser fructífero, supone una comprensión adecuada del sistema del derecho musulmán, y ésta no puede dejar de progresar si está iluminada por la apreciación histórica. Además, si no me equivoco, estas dos maneras de considerar el derecho musulmán podrían encontrar su complemento en un análisis sociológico, análisis que, para ser válido, debe estar basado sólidamente en datos sistemáticos e históricos. Tal análisis sociológico consistiría en encontrar los aspectos generales formales propios de cada periodo de la historia del derecho musulmán, incluida la práctica del derecho en los pueblos musulmanes. No hace falta decir que para nosotros, seamos juristas o islamistas, no puede tratarse de imponer al derecho musulmán categorías que pudieran serle extrañas. Es preciso examinar en primer lugar, sin ocuparse demasiado de las conclusiones positivas a las que hubiera podido llegar Weber, si el derecho

¹ Ver Marcel Weinreich, *Max Weber, l'homme et le savant*, thèse, Paris, 1938.

musulmán se presta al análisis sociológico. Si el resultado es positivo, si los diferentes periodos de la historia del derecho musulmán se distinguen unos de otros en cuanto a su carácter sociológico, si hechos dispersos en la realidad del derecho musulmán se muestran dependientes unos de otros por razones sociológicas, si, en definitiva, las categorías de la sociología teórica, ya sean las elaboradas por Weber, ya las que podríamos descubrir nosotros mismos, nos ayudan a comprender mejor los hechos del derecho musulmán, habremos adquirido un nuevo dominio en la ciencia del derecho musulmán y habremos contribuido al estudio de su estructura, estudio que sigue estando por hacer. Pienso que es efectivamente el caso y les invito, pues, a acompañarme en este viaje de descubrimiento.

Voy a ordenar mis notas en cuatro rúbricas; voy a hablar, primero, de la distinción de las materias legales en el seno del derecho positivo, a continuación, del carácter racional del derecho y de sus límites, en tercer lugar, de la función de los especialistas del derecho y, finalmente, de la relación entre la teoría y la práctica bajo el aspecto de la sociología teórica.

Una de las cuestiones fundamentales que interesan al sociólogo del derecho concierne al grado de distinción y diferenciación de las materias legales en el seno del derecho positivo del que se ocupa. Me parece que una respuesta a esta cuestión, en lo que concierne al derecho musulmán, puede sernos útil para comprender bien su naturaleza.

El derecho musulmán se caracteriza por ausencia de tal distinción en principio; para él, todas las materias legales son del mismo género. Falta incluso una ordenación sistemática de las materias. Los chiítas «duodecimanos» tienen la ordenación más sistemática de todas las escuelas, y distinguen entre deberes del culto (*'ibádāt*)², contratos (*'uqūd*), transacciones unilaterales (*iqā'āt*) y reglas diversas (*ahkām*); entre estas últimas se encuentran, con igual calificación, el derecho sucesorio y el derecho penal. Es evidente que estas distinciones no abordan la realidad de la materia legal. El derecho musulmán no distingue ni siquiera entre el derecho público y el privado. Se encuentran normas de derecho público dispersas entre los capítu-

los más diversos de los libros de derecho musulmán; sucede así porque los juristas musulmanes no poseían el sentido de esta distinción, aunque algunos autores hayan consagrado monografías a materias que pertenecen, efectivamente, según nosotros, al derecho público o administrativo. La mayor parte de estas materias, en el derecho musulmán, pertenecen netamente a lo que es, según nuestra terminología, el derecho privado. Por ello las competencias públicas y los poderes públicos son tratados, en la mayoría de los casos, bajo la forma de derechos subjetivos y de deberes subjetivos, por ejemplo: el «derecho» de otorgar un *aman*, o salvoconducto válido, la «obligación» de pagar el impuesto del *ḡakat* (azaque), o los derechos y las obligaciones de las personas que se proponen nombrar a un individuo como imam o califa, y los derechos y las obligaciones de este último como individuo. Basta con echar un vistazo sobre el contenido de las obras de *al-ahkām al-sultāniya*, el llamado derecho constitucional del islam, para darse cuenta de ello. Esto es tanto más significativo cuanto que la palabra *sultān* significaba originariamente la idea abstracta del poder gubernamental, y no fue empleada como título del príncipe mismo hasta el siglo cuarto de la hégira (siglo X d. de J.C.). La lengua árabe disponía, pues, de una palabra abstracta, pero el derecho musulmán no ha desarrollado la noción jurídica correspondiente. Por la misma razón, las instituciones esenciales del estado musulmán son presentadas, o «construidas», en analogía con los derechos privados, no como deberes de la comunidad de los creyentes propiamente dicha, sino como deberes cuya ejecución por un número suficiente de individuos dispensa a los demás del deber de contribuir ellos mismos.

La misma observación vale para la mayor parte de lo que llamamos, en nuestra terminología, derecho penal. En este dominio, el derecho musulmán distingue entre derechos de Dios y derechos del hombre. Sólo los derechos de Dios poseen el carácter de un verdadero derecho penal, de un derecho que impone sanciones penales según la culpabilidad. Es interesante señalar que, incluso aquí, en pleno derecho penal, domina el concepto de una reivindicación de parte de Dios, del mismo modo que si se tratara de la reivindicación de un demandante. Este verdadero derecho penal, el único que el derecho musulmán conoce, deriva únicamente del Corán y de las «tradiciones», *hadīthes*, que se remontan al Profeta, y fue creado por el islam sobre una base puramente religiosa. Así, pues, por una

² Se han señalado las vocales largas, distinción que no figura en el original, con un acento circunflejo. (nota del trad.)

parte, es de rigor la aplicación de las penas prescritas, con tal que el delito haya sido establecido en las formas legales estrictas; por otra, la definición y la prueba legal de los delitos están rodeadas de muchas condiciones restrictivas; asimismo, la acción pública en las acusaciones judiciales apenas existe, y sólo el bandolerismo y la apostasía, entre los delitos que entran en esta categoría, deben ser perseguidos de oficio por las autoridades políticas. Evidentemente, esto no era suficiente para asegurar el funcionamiento tranquilo de una sociedad civilizada, y se desarrolló una función análoga a la del ministerio público. Es la función del *muhtasib*, pero vuelve a ser significativo que, según la doctrina estricta del derecho musulmán, el *muhtasib* es una persona privada que obtiene méritos religiosos por su celo por la ley religiosa. He aquí, pues, la esfera limitada del derecho penal propiamente dicho en el islam. El resto del derecho penal, según nuestra terminología, forma parte de la categoría indistinta, a medias entre el derecho civil y el penal, de la «reparación de daños», categoría del derecho árabe preislámico que el derecho musulmán ha conservado. En esta categoría, la idea de la culpabilidad apenas existe. (En los pocos casos en que existe, ha sido introducida por consideraciones de responsabilidad religiosa, como modificación requerida). El derecho musulmán ha reforzado incluso el carácter «civil» de esta categoría, de modo que no hay aquí ninguna pena propiamente dicha para cualquier infracción de los derechos de un hombre o de la inviolabilidad de su persona, sino sólo la reparación exacta del daño infligido. Esto lleva al talión en las heridas corporales, por un lado, y a la ausencia de sanciones en todo delito cometido contra las personas³, por otro lado. La ejecución de la sentencia acordada no está asegurada oficialmente más que para la esfera del derecho penal religioso propiamente dicho; para la casi totalidad de la esfera de la «reparación de daños», el cumplimiento es, en principio, asunto de la parte ganadora por vía de hecho, del mismo modo que lo es para la esfera puramente civil (según nuestra terminología). El pariente más cercano de la víctima, por ejemplo, puede dispensar al criminal no sólo del talión sino también del precio de sangre. El Estado, en principio, no hace más que poner su aparato administrativo a disposición de las partes interesadas. La sociología del derecho reduce el derecho penal en su totalidad a dos tipos: el castigo de los

delitos contra la religión, y la venganza privada, y las dos esferas de disposiciones penales y cuasi penales que encontramos en el derecho musulmán representan estos dos tipos con gran pureza.

Extendiéndose igualmente a las dos esferas está el *ta'zîr*, complemento discrecional de las penas fijas previstas en el Corán y las tradiciones. El cadí, es sabido, puede castigar con *ta'zîr* todo acto que le parezca que merece una corrección, ya atente contra los derechos de Dios o los del hombre, es decir si se vincula a la categoría de los delitos contra la religión o a la de los perjuicios efectuados al prójimo. El *ta'zîr* forma parte del derecho penal propiamente dicho, pero incluso aquí el derecho musulmán no ha planeado nunca la imposición de sanciones. Desde el punto de vista de la sociología del derecho, el *ta'zîr* es una institución aparte, y lo es también desde el punto de vista histórico. No pertenece ni a la categoría del derecho árabe consuetudinario que fue ratificada por el islam, ni a la categoría de los actos legislativos islámicos que se encuentran en el Corán y en las tradiciones del Profeta. Los primeros cadíes de los musulmanes en el periodo omeya, es decir en la segunda mitad del primer siglo de la hégira (hacia finales del siglo VII de nuestra era) fueron los únicos que se vieron en la necesidad de castigar toda clase de actos que amenazaban el funcionamiento tranquilo de la nueva sociedad en formación. El *ta'zîr*, extensión de la esfera del derecho penal propiamente dicho, corresponde, pues, a una necesidad práctica, necesidad que se hizo sentir bastante pronto para que los primeros juristas del islam hayan podido perfeccionarla y hayan podido incorporar la institución del *ta'zîr* a la teoría del derecho musulmán que estaban elaborando. Pero las necesidades de la práctica no se detenían allí y se hizo inevitable una extensión ulterior del derecho penal, así como la creación de órganos competentes para aplicarla, como el *muhtasib*, del que he hablado, y el *nâzir al-mazâlim*, funcionario encargado de «examinar las reclamaciones». Desde el tiempo en que sus funciones estaban bien establecidas, el sistema del derecho musulmán ya había sido, o casi, elaborado definitivamente; por ello la teoría oficial no pudo darles más que una especie de reconocimiento tibio y parcial. En cuanto a los desarrollos tardíos, como los *qânûn* de los sultanes otomanos, la teoría debía ignorarlos completamente. Es interesante advertir que el carácter sociológico de esta parte del sector penal de la realidad legal ha seguido siendo el mismo, aunque su posición oficial en la

³ En el original, «les hommes». (nota del trad.)

teoría del derecho musulmán no sea uniforme. El derecho musulmán confirma la observación del sociólogo Max Weber, que el grado de diferenciación de las materias legales depende en primer término ya del carácter técnico intrínseco del derecho, ya de la estructura política del grupo en cuestión, y no de consideraciones prácticas, sobre todo de orden económico.

El examen de esta cuestión que acabamos de emprender da lugar a dos observaciones complementarias. La primera conduce al carácter de la obligación legal en el derecho musulmán. La sociología del derecho enseña que todas las obligaciones legales eran en un principio obligaciones derivadas de delitos, y que las obligaciones contractuales eran primeramente pensadas, «construidas», como si derivaran de cuasi-delitos. Esto explica el estado de las cosas en derecho musulmán, y en particular la existencia de la gran categoría de la «reparación de daños», categoría que se remonta al derecho islámico preislámico. He aquí, pues, un aspecto muy primitivo, pero de ningún modo excepcional. Por otra parte, la teoría del derecho musulmán, al «pensar» esta categoría, transfiere el acento del delito al contrato, desarrolla la idea de la obligación civil pura, y aplica esta idea al apartado delito de la categoría común de la «reparación de daños». Esta tensión entre los elementos materiales primitivos y un pensamiento jurídico bastante avanzado es característica del derecho musulmán.

La segunda observación conduce al carácter formal del derecho positivo. La sociología del derecho establece dos casos extremos típicos: uno es el de un derecho objetivo que garantiza los derechos subjetivos de los individuos; en última instancia, un derecho así es la suma de los privilegios personales de todos los individuos. El caso contrario es el de un derecho que se reduce a la administración, que es la suma de preceptos particulares. El derecho musulmán, sin ninguna duda, pertenece al primer tipo, y esta conclusión es la misma que aquella a que nos ha conducido el examen de la estructura del derecho público musulmán. Un rasgo significativo del derecho musulmán que se desprende de todo esto es su carácter privado e individualista, y el examen sociológico nos muestra que —aunque el Corán predica la reforma social y la mejora de la suerte de los débiles— el derecho musulmán, en su estructura técnica, sin embargo, no quiere decir que sea menos individualista. Es suficiente con contemplar la estructura del derecho sucesorio (lo que quiere decir, no comparar las partes que corresponden a cada heredero, sino examinar el

funcionamiento técnico de la sucesión, donde cada heredero hereda directamente su parte individual), para darse cuenta de este hecho. Incluso la institución del *habûs* —de la máxima importancia y de gran utilidad social en el islam—, en su funcionamiento técnico es estrictamente individualista. Hay que distinguir, pues, entre las intenciones sociales del legislador y el carácter sociológico de su derecho.

Me he detenido un poco en nuestra primera cuestión, la de la diferenciación de las materias legales en el seno del derecho positivo, para mostrar la utilidad de un examen sociológico del derecho musulmán. Este examen, como se habrá percibido, nos muestra la dependencia mutua y la correlación de muchos hechos dispersos en la realidad de la teoría y la práctica del derecho musulmán, y espero que se me perdone si he dado la impresión de divagar demasiado de un tema a otro. Se habrá notado igualmente que los resultados del análisis sociológico concuerdan perfectamente con los del análisis histórico. Esto también va a deducirse con claridad de la segunda cuestión que propongo plantear al derecho musulmán.

Esta cuestión concierne al carácter racional y sistemático del derecho. El derecho musulmán es sistemático, es decir, representa una suma coherente de doctrinas. Las instituciones que la componen están bien en relación unas con otras; la mayor parte del derecho de contratos y obligaciones, por ejemplo, está construida por analogía con el contrato de venta. Además, y esto es aun más sorprendente y significativo, la totalidad del derecho está imbuida de consideraciones religiosas y morales; cada institución, cada transacción, cada obligación legal está calibrada y evaluada por medio de reglas generales de orden religioso o moral, como son la prohibición del interés, la prohibición del riesgo (*gharar*), la preocupación por la igualdad de las dos partes contratantes, la preocupación por el justo medio (*mithl*). Podemos distinguir, en teoría, estos dos modos de sistematización: en la práctica del derecho musulmán se confunden. La razón por la que los diferentes contratos se parecen tanto es, en cierta medida, que la misma preocupación de las mismas normas religiosas o morales los penetra a todos. Lo que de sistemático hay en el derecho musulmán, los primeros juristas musulmanes lo han creado ellos mismos, no lo han tomado de las fuentes preislámicas, que han aportado tantos elementos materiales al gran edificio en que se iba a convertir el derecho musulmán.

La sociología del derecho (o, si se prefiere, simplemente la comparación histórica) muestra que hay dos métodos por los que la sistematización de una materia legal puede lograrse: el método analítico y el analógico. El método analítico, cuyo ejemplo clásico se halla en el derecho romano, conduce a la creación de normas legales lógicamente ordenadas y sublimadas. El método analógico, representado de maravilla por el derecho musulmán, conduce a la organización de la materia legal por adjunción y parataxis. La existencia de nociones legales bien desarrolladas no es característica del primer método, ni la existencia de una casuística del otro. El derecho musulmán, asimismo, posee un número imponente de nociones legales, número apenas inferior al de las nociones legales del derecho romano. Pero, mientras que las nociones del derecho romano están siempre cercanas de la vida de la que se derivan, las del derecho musulmán son frecuentemente abstractas y vastas, son «pensadas» y no «vividas». De ahí deriva un fenómeno a veces sorprendente: las diferencias entre dos géneros no son mayores, o más esenciales, que las diferencias entre varias especies del mismo género; no hay antítesis entre dos nociones diferentes, sino una transición gradual desde el centro de una noción al centro de la otra, con una graduación correspondiente de las consecuencias legales. De ahí, también, que el contrato de alquiler (*ijára*), por ejemplo, sea definido y considerado como la venta del uso (*manfa'a*) de una cosa, correspondiente a la venta de su sustancia (*ruqaba*); sin embargo, el alquiler no es tratado como una venta pura y simple, sino como un contrato aparte. En cuanto a la casuística, emblema del derecho musulmán, no es desconocida por el derecho romano; pero, mientras que en éste sirve para destacar el elemento jurídico esencial del problema, el derecho musulmán se sirve de ella, la mayor parte de las veces, para cubrir la totalidad de los casos, por falta de organización lógica. El razonamiento por analogía (*qiyás*), es bien conocido por los estudiantes como una de las cuatro «bases» o «fuentes» del derecho musulmán; el examen sociológico nos muestra que este método no es más que un caso particular de una disposición de espíritu, una manera de pensar que penetra todo el sistema del derecho musulmán, y que ha determinado la organización de la materia jurídica en todos sus aspectos.

El derecho musulmán contiene elementos irracionales. El efecto de ciertas fórmulas mágicas de origen preislámico, como el *zihár*, el efecto del juramento justificativo de la

qasáma, y la naturaleza y el funcionamiento de las pruebas legales en general, todo eso es sin duda irracional. Incluso Shâfi'i, el gran sistematizador del derecho musulmán, no llegó muchas veces a racionalizar estas instituciones de modo satisfactorio para él ni para nosotros. Se podría decir, incluso, que en tanto que es un derecho sagrado, basado sobre la legislación divina contenida en el Corán y en las tradiciones que se remontan al Profeta, el derecho musulmán entero es heterónomo, irracional por tanto. Pero esta materia legal, formalmente irracional, fue organizada y sistematizada por los primeros juristas musulmanes de un modo esencialmente racional. (Aquí volvemos a encontrar cierto contraste entre la materia prima del derecho y su elaboración técnica). Se sabe que el derecho musulmán sólo quiere ser la interpretación y la aplicación de la legislación divina, y esto requiere un procedimiento racional. Se podría pensar que la aplicación de normas religiosas y morales, por tanto extralegales, a la materia legal, habría conducido regularmente a decisiones irracionales. Sólo ocurre así en raras ocasiones, y los mismos juristas musulmanes, cuando eso sucede, normalmente se dan cuenta que se trata de una infracción a las reglas generales, a la analogía. Al contrario: son las consideraciones religiosas y morales las que sirven como elementos esenciales de la estructura sistemática. El derecho musulmán nos presenta, pues, una fachada racionalizada de base material, mientras que su carácter jurídico formal de base lógica está bien poco desarrollado. Encontramos asimismo que los dos conceptos «válido» e «inválido», conceptos legales formales que existían ya en el derecho tradicional preislámico que servía de materia prima al derecho musulmán —encontramos que estos dos conceptos legales han sido atropellados y expulsados por las dos nociones «lícito» e «ilícito», nociones morales de inspiración islámica. Asimismo, la «intención» del derecho musulmán es lograr una justicia concreta y material, no imponer «reglas de juego» formales a la lucha de intereses, como hacen los derechos «laicos». Todo esto confirma nuestra reciente conclusión, que el lado sistemático del derecho musulmán es creación de los primeros juristas del islam, que la islamización de la materia legal es idéntica a su sistematización. Una vez más, esto es confirmado por la historia. Hay todo un grupo de contratos cuyos nombres técnicos siguen el tipo nominal árabe de *mufá'ala*, por ejemplo, *muzá'ara*, *muzá'bana*, *mudá'raba*, *mujábara*, etc. Los especialistas entre ustedes habrán notado seguramente que dos de

estos cuatro términos representan asuntos considerados lícitos en derecho musulmán, mientras que los otros dos se refieren a acciones reprobadas. A primera vista, se podría concluir que se trata aquí de un buen fragmento de un sistema de derecho consuetudinario de Arabia preislámica, que habría sido aceptado en parte y en parte rechazado por los antiguos juristas musulmanes, según que los contratos se ajusten o no con las reglas morales musulmanas. No hay nada de eso: un examen histórico detallado me ha mostrado que todos estos términos uniformes, toda ese buen fragmento de un sistema jurídico, datan de la época de los antiguos juristas musulmanes mismos. Esto concuerda con los resultados de nuestro análisis sociológico.

El examen histórico nos muestra la importancia decisiva de la época formativa del derecho musulmán, de las dos generaciones que precedieron a la organización de las escuelas de derecho, digamos del año setenta hasta el ciento treinta de la hégira (ca. 690-750). Todas nuestras conclusiones históricas nos conducen a esta época, y el mismo análisis sociológico nos muestra la importancia de lo que hacían estos antiguos juristas (si se les puede llamar juristas). Pero si no dudamos en llamar al conjunto de las normas de la ley sagrada del islam «derecho musulmán», podemos llamar a los primeros creadores de estas normas los «juristas» del islam.

La tercera cuestión sociológica que querría plantear al derecho musulmán concierne a la función de los especialistas del derecho. El estudio sociológico comparado ha destacado la importancia de la función de los especialistas del derecho, es decir del grupo de personas que por su profesión (o digamos más bien: vocación, porque no se trata siempre de una profesión propiamente dicha, y pueden también ser *amateurs*, como era el caso de los primeros especialistas de derecho musulmán) —digo pues: personas que por su vocación estaban en situación de influir en el desarrollo del derecho. Estos especialistas en derecho musulmán eran personas muy religiosas que se preguntaban como había que obrar, como buenos musulmanes, en su vida privada y pública, familiar y social. En primer lugar lo hacían por escrúpulo de conciencia, en su propio interés; en segundo lugar, daban buenos consejos a los correligionarios que les pedían su parecer. Tenemos aquí un parangón bastante interesante con la función de los primeros juristas romanos. Estos dos grupos sociales eran, en primer lugar, particulares que no tenían nin-

gún interés oficial en el desarrollo de sus sistemas jurídicos respectivos pero que, como *amateurs*, habían ganado renombre, de modo que el público empezó a consultarles por precaución (cf. *cavere*). En derecho romano, como en derecho musulmán, la función primaria del jurisconsulto era dar *responsa*, *fatwás*, y a la labor privada de estos jurisconsultos o *muftís* se debe la elaboración de la doctrina legal en primer término. Pero al mismo tiempo, hay una diferencia esencial. En el derecho romano, es la importancia creciente de los contratos y de los asuntos de la vida económica, en suma, lo que ha provocado la creación de un sistema racional de reglas legales; en el derecho musulmán, al contrario, es la necesidad de un grupo creciente de musulmanes fervientes lo que ha exigido la aplicación de las normas religiosas y morales a toda clase de problemas de conducta. El desarrollo del derecho musulmán en su periodo decisivo no ha tenido lugar, pues, ni bajo el signo de la práctica y la experiencia, ni bajo el de la técnica jurídica, sino bajo el de la racionalización material. Los jurisconsultos romanos, si querían ser útiles a su clientela, debían tratar de prever y predecir las reacciones previsibles de los jueces con respecto a cada forma de transacción; los jurisconsultos musulmanes, si querían cumplir con su deber religioso, debían examinar sus conciencias para saber qué decisiones de los jueces y qué actos de los administradores convenía a los buenos musulmanes aceptar o rechazar, de qué instituciones de derecho consuetudinario, hasta entonces consideradas válidas, les estaba permitido servirse, y cuáles debían, al contrario, evitar.

Entonces, pues, en el momento mismo de la creación del derecho musulmán, son sembrados los gérmenes de su sempiterno problema, el problema de la discrepancia entre la teoría de la ley y la práctica de la vida. Este problema no es fortuito; el análisis sociológico muestra que es ineludible. La manera como el derecho musulmán contempla la práctica está bien ilustrada por los *hiyal*, las operaciones de evasión, las maniobras que tienen como resultado, de hecho, eludir la ley. Estas maniobras son en la mayor parte de los casos transacciones ficticias, ficciones legales. Aquí también, una comparación con el derecho romano demostrará su utilidad. Los jurisconsultos romanos tenían la misión de desarrollar, al lado del *ius civile*, rígido y formal, un derecho comercial más flexible y más versátil; emplearon los instrumentos que el antiguo derecho ponía a su alcance, en nuevas funciones; crearon

formas legales para las nuevas condiciones del comercio. En Oriente, las rígidas exigencias morales del islam primitivo no eran conciliables ni con las prácticas usurarias y arriesgadas, por tanto con las bases mismas de la actividad comercial de los mecenos, ni con las necesidades de la vida ordinaria en las grandes ciudades, centros recientemente creados de la naciente civilización musulmana. Se trataba, sobre todo, de la prohibición absoluta de todo interés y de todo azar en los contratos. Por lo que respecta a ellos mismos, los primeros juristas del islam estaban dispuestos a aplicar las normas religiosas y morales musulmanas muy estrictamente, sin hacer ningún caso de las posibles consecuencias para la vida comercial. (Esto era, como hemos visto, su razón de ser). Pero el desarrollo de la práctica comercial los había precedido, y había desarrollado muchos métodos de evasión a base de operaciones ficticias, por ejemplo una doble venta para evitar la prohibición del interés: el futuro acreedor vende al futuro deudor un objeto cualquiera difiriendo el pago del precio hasta el término de la expiración del préstamo; inmediatamente después, el acreedor compra el mismo objeto al deudor⁴, pagando inmediatamente el precio; este precio, que no tiene ninguna relación con el valor real del objeto, representa el capital del préstamo, y la diferencia entre los dos precios⁵ representa el interés. Por esta transacción ficticia, la práctica había encontrado una respuesta a la prohibición del interés, y como se evitaba cuidadosamente una disconformidad directa con la prohibición religiosa, los juristas, custodios de las normas islámicas, no tenían mucho que objetar. Fueron ayudados por el carácter heterónomo y formalmente irracional del contenido de una revelación divina. La oposición de los especialistas religiosos contra estos procedimientos de evasión sólo se manifestó posteriormente, pero no tuvo demasiado éxito. (En el fondo, la acogida favorable que los ambientes religiosos dieron a las operaciones de evasión se explica por el genio semítico de la lengua árabe). En todo caso, es un hecho que los primeros juristas del islam se contentaron con observar las formas de las prohibiciones religiosas y, en consecuencia, reconocieron la legitimidad religiosa de las evasiones, la validez legal de los *hiyal*. Todo esto se

deduce de la *Muwatta'* del imam⁶ Malik. Llegaban incluso a inventar otras evasiones y a recomendarlas a la gente que se dirigía a ellos y que, de otra manera, hubiera encontrado difícil cumplir con las normas religiosas. Pero lo que es significativo es que no fueron los especialistas de la ley religiosa sino los profesionales del comercio los primeros responsables en la creación de los *hiyal*, que los juristas, en teoría, no tuvieron más que ratificar (y, quizá, modificar y más tarde desarrollar) las adaptaciones que se habían producido ya en la práctica. Y el fin de estas adaptaciones no era (como era el caso del derecho romano) desarrollar el derecho a medida de las nuevas exigencias de la vida, sino permitir a la vida hacer, bajo otra forma, lo que la ley le había prohibido hacer directamente. Los préstamos con interés correspondían, sin duda, a una necesidad de la vida comercial, pero era una necesidad que el islam primitivo había rechazado completamente.

Ya en este período antiguo del derecho musulmán, la iniciativa del desarrollo legal propiamente dicho había pasado a la práctica. Los *hiyal*, esencialmente producto de la práctica, ofrecen un ejemplo extremadamente claro e interesante de lo que es para el sociólogo una de las dos fuentes primarias de la creación espontánea de las normas del derecho: «la acción concertada de los interesados». Esta acción lleva a los «acuerdos típicos» que son los *hiyal*. Sellando sus acuerdos, los interesados calculan minuciosamente las «oportunidades de una sanción legal»: evidentemente no desean que la realidad de la operación comercial que tienen la intención de concluir sea puesta en entredicho y perturbada por la administración oficial de la justicia, y en nuestro caso, por el cadí que debe aplicar el derecho musulmán; al contrario, desean que en caso de controversia, el juez, el cadí, obrando según la apariencia de sus compromisos respectivos, acabe por mantener, declarar válido y hacer efectivo el contenido de su acuerdo real. Para asegurar este resultado, adaptan sus compromisos formales a los «riesgos previstos». Estos compromisos no les interesan en sí mismos, sólo sirven para asegurar un fin, forman un «contrato con una finalidad ulterior». Ahí están los términos y los hechos familiares a los sociólogos teóricos; y, como acabo de decir, los *hiyal* del derecho musulmán son un ejemplo extremadamente instructivo de este grupo importante de fenómenos. La

⁴ Creemos que este es el sentido, aunque el texto dice «de débiteur rachète le même objet du créancier». (nota del trad.)

⁵ Precio diferido menos precio pagado. (nota del trad.)

⁶ En el original dice «Islam» en lugar de «imam»; creemos que es una errata.

mayoría de estas ampliaciones del derecho por «la acción concertada de los interesados» existen, por de pronto, «fuera de la ley»; era ese el caso de los *hijal* del derecho musulmán. La «garantía de las sanciones legales» que podía dar el Estado mediante la administración oficial de la justicia, no bastaba para asegurar el éxito de un número considerable de *hijal*; les hacía falta una garantía adicional, y ésta les fue dada por la «convención» (empleo esta palabra en el sentido que le dan los sociólogos). Lo cual ha producido la institución de los terceros árbitros, indispensables para el funcionamiento de muchos *hijal* y que deben asegurar que las partes contratantes hagan de sus compromisos aparentes respectivos sólo un uso autorizado, un uso que corresponda a la realidad del asunto que han acordado concluir. Por ejemplo, la utilidad de esos contratos complicados que son los *hijal* a menudo se desharía si una de las partes contratantes pudiera detenerse en el instante de su elección, someter el asunto al cadí que, por definición, no podría conocer la realidad escondida sino sólo las apariencias, y, de este modo, asegurarse una ventaja unilateral. Esta deplorable consecuencia se evita con el nombramiento de un tercer árbitro que conserva todas las piezas justificativas y puede controlar las acciones de las dos partes que se asocian en el trato. No hace falta decir que las personas directamente interesadas en estos acuerdos, es decir, los mismos comerciantes, eran absolutamente incapaces de inventar y de hacer funcionar tales artimañas; la primera demanda y el primer impulso han venido de su parte, y fueron ellos los que imaginaron los primeros *hijal*; pero para continuar, para perfeccionar esta rama de la jurisprudencia aplicada, necesitaban la ayuda de especialistas profesionales. Estos especialistas los encontraron entre los mismos jurisconsultos profesionales musulmanes. Esto no tiene nada de sorprendente, por cierto. Una vez el sistema del derecho musulmán había sido establecido en sus grandes líneas y en muchos de sus detalles, el fervor religioso, que había animado a las primeras generaciones de los guardianes del espíritu islámico en todas las esferas de la vida, fue sustituido poco a poco por el interés, no menos sincero, no menos convencido, pero más técnico y escolástico, de los especialistas de la ciencia legal de los musulmanes. Y como los grandes letrados de las primeras generaciones habían ratificado los *hijal* en principio, ¿quién podía culpar a los epígonos si los perfeccionaban? Ocupándose de elaborar y de perfeccionar los *hijal*, los juristas musulmanes de los siglos tercero

y cuarto de la hégira continuaban la actividad de sus predecesores de los siglos primero y segundo, como consejeros jurídicos de la comunidad. La idea y el término de «precaución» se encuentran con la misma frecuencia entre los primeros sistematizadores del derecho musulmán, y entre sus sucesores, los inventores de los *hijal*. Los primeros estaban ahí para advertir a sus contemporáneos del peligro de cometer actos prohibidos por la religión islámica, los segundos, para avisarles del peligro de concluir contratos que corrían el riesgo de ser censurados por el derecho musulmán plenamente desarrollado. El análisis sociológico nos muestra claramente la identidad de su función esencial, y las diferencias creadas por un cambio de circunstancias.

La discusión de la función de los especialistas en derecho nos ha hecho abordar ya el cuarto y último problema que quisiera presentarles como un ejemplo de la contribución que el análisis sociológico puede dar a nuestro conocimiento del derecho musulmán: el problema de la relación que existe entre la teoría y la práctica. No he abandonado todavía el tema de los especialistas en derecho y voy a continuar tratando de la misma materia, con la advertencia que interesa igualmente a ambos problemas.

Los *hijal*, de que vengo de hablar, no forman más que una pequeña parte del derecho comercial que se ha desarrollado, al lado del derecho ideal de la teoría estricta, en los países musulmanes de la Edad Media. Este derecho comercial, que, lamentablemente, es poco conocido, es también una «creación de juristas doctos», de especialistas de derecho musulmán, que gracias a su «imaginación creadora» y su «iniciativa privada» han adaptado el derecho consuetudinario existente a la administración oficial de la justicia, que estaba provista de «garantías de sanciones» legales. Los contratos magrebíes de *safqa* y *jamesat* son ejemplos bastante típicos de este derecho consuetudinario adaptado a la teoría oficial. Es evidente que los interesados, los cultivadores, los propietarios, habían conservado sus costumbres inmemoriales; se requería la actividad de los juristas, que sabían exactamente el límite hasta el que podían ir, para garantizar a estas costumbres la posición que tenían, aunque precaria, en la periferia del derecho oficial del país.

Otra institución tradicional que ha logrado obtener pleno derecho de ciudadanía en el sistema teórico, es el uso de documentos escritos. No es este el lugar ni dispongo del

tiempo para trazar su muy curiosa historia. Lo que nos importa es señalar que siempre los juristas profesionales son quienes han cultivado este dominio y siguen haciéndolo en nuestros días, y que siempre reaparecen el término y la idea de «precaución». Este término y esta idea unen las dos instituciones nacidas de la práctica, los *ḥyāl* y los documentos escritos, entre ellas y con la actividad de los primeros jurisconsultos musulmanes. Estos tres hechos en la historia del derecho musulmán tienen poco en común desde el punto de vista histórico y desde el punto de vista sistemático musulmán; el examen sociológico nos muestra su paralelismo inherente.

Hay muchos otros problemas en la historia del derecho musulmán que un análisis sociológico puede iluminar de

modo a menudo sorprendente; pero espero haber dicho suficiente para mostrar la importancia de ese análisis para una comprensión mejor de su estructura y de su carácter único. El método es el mismo que empleamos en el estudio de los derechos occidentales, aunque los resultados sean diferentes. Aquí, como en tantos otros dominios comparativos entre Oriente y Occidente, se trata de la unidad en la diversidad. El punto de vista sociológico, en todo caso, nos abre un horizonte nuevo en nuestro estudio del derecho musulmán. Sea lo que se piense de mis conclusiones positivas, espero que ustedes estén de acuerdo para pensar que esta rama de estudios, a penas abordada hasta hoy, es en verdad de cierta actualidad científica.